

Sentencia T-055-09

Referencia: expediente T-2051478

Acción de tutela instaurada por Nathalia Fernandez Londoño contra Saludcoop EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo único de instancia proferido por el Juzgado 24 Penal Municipal de Medellín, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Nathalia Fernández Londoño contra Saludcoop EPS.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el nueve (9) de junio de 2008, la niña Nathalia Fernández Londoño solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, presuntamente violados por la entidad demandada. Como sustento de la solicitud de amparo, la actora invoca los siguientes:

Manifiesta la demandante, quien al momento de la interposición de la demanda tiene catorce (14) años de edad y es beneficiaria de los servicios de salud que presta la entidad demandada, que desde hace varios años viene siendo tratada médicamente por sufrir de obesidad mórbida tipo III.

Como consecuencia de dicha condición -señala la niña Fernández- sufre fuertes dolores en los miembros inferiores, cefaleas, dolor abdominal, reflujo gastroesofágico,

dolor en el epigastrio, mareos, osteoartritis, lumbalgia, artropatía de rodillas y tobillo, dolor en el hipogastrio y depresión.

Indica que su problema ha sido tratado por médicos adscritos a Saludcoop EPS, quienes luego de agotar diferentes alternativas para tratarla (dietas), le sugirieron consultar con un médico particular. Fue este último –señala- quien le ordenó, el ocho de abril de 2008, una cirugía de bypass gástrico por laparoscopia.

Acto seguido manifiesta que dicho procedimiento le fue negado por la entidad demandada, en el entendido de que éste se encontraba excluido de los procedimientos autorizados por el POS y de que, adicionalmente, había sido prescrito por un médico particular y no por un facultativo de la EPS.

Señala que le es imposible asumir de forma particular el costo de la cirugía, ya que ella y su familia carecen de recursos económicos que les permitan sufragar el alto costo de la misma, que se encuentra entre los dieciocho y los veinticinco millones de pesos.

Con fundamento en los anteriores hechos, la demandante solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, ordene a Saludcoop EPS que, de forma inmediata, le practique la cirugía bariátrica tipo bypass gástrico por laparoscopia.

2. Trámite de instancia

2.1 Mediante auto de once (11) de junio de 2008, el Juzgado 24 Penal Municipal de Medellín avoca conocimiento de la presente acción de tutela y dispone correr traslado a la entidad demandada por el término de dos (2) días para que esta ejerza su derecho de defensa.

2.2. El trece (13) de junio de 2008, Saludcoop EPS da respuesta a la demanda de tutela y solicita al juez de tutela negar el amparo reclamado por la niña demandante.

Afirma que, efectivamente, la accionante se encuentra afiliada a la EPS desde el ocho (8) de enero de 1998 en calidad de beneficiaria, contando a la fecha de la interposición de la acción con cuatrocientas noventa y siete (497) semanas de cotización al sistema.

Señala que la cirugía solicitada por la demandante es un procedimiento que no se encuentra incluido en los beneficios que ofrece el Plan Obligatorio de Salud POS. (Resolución 5261 de 1994), por lo cual le corresponde a la usuaria o a su núcleo familiar sufragar directamente los costos de la cirugía; aduce que en el evento de no contar con los recursos económicos la paciente que puede acudir ante las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado para resolver su problema.

También expone que el bypass gástrico es un procedimiento quirúrgico de alto riesgo que debe ser entendido como la última alternativa para la solución al problema de obesidad mórbida de la usuaria. Ligado a lo dicho, expresa que no se cumplen las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio, para la vida, el agotamiento infructuoso de las opciones terapéuticas que ofrece el POS, especialmente porque el médico que en este caso ordenó la cirugía no pertenece a la EPS.

Posteriormente, manifestó que el mecanismo de la acción de tutela solo procede cuando en realidad existen acciones u omisiones imputables al accionado, y no para satisfacer meras alternativas, razón por la cual concluye que la conducta de la entidad se adapta a los preceptos legales.

Solicita al juez de tutela que demuestre que la demandante se encuentra efectivamente en una situación de incapacidad económica que le impide asumir los costos de la cirugía.

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN.

1. Sentencia de primera instancia.

El diecisiete (17) de junio de 2008, el Juzgado 24 Penal Municipal de Medellín resuelve no conceder el amparo reclamado por la niña Nathalia Fernández Londoño contra Saludcoop EPS.

El juez considera en su fallo que en el presente caso no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que, por vía de tutela, el juez de amparo autorice la práctica del un procedimiento excluido del POS. Ello porque el facultativo que ordenó la práctica de la cirugía bariátrica no está adscrito a la EPS demandada.

2. Impugnación.

Inconforme con la anterior decisión, mediante escrito de veinticinco (25) de junio de 2008, la niña Fernández Londoño la impugna y solicita al juez de alzada que, en su lugar, conceda el amparo.

Sin embargo, el Juzgado 18 Penal del Circuito de Medellín rechaza por extemporánea tal impugnación.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela dictado en la acción iniciada por Nathalia Fernández Londoño contra Saludcoop EPS, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

En el presente caso esta Sala debe establecer si se han vulnerado los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la menor Nathalia Fernández Londoño, teniendo en cuenta que ésta padece la enfermedad denominada obesidad mórbida Tipo III, por lo que un médico que no pertenece a la entidad demandada la prescribió la cirugía bariátrica bypass gástrico por laparoscopia; procedimiento quirúrgico que Saludcoop EPS se niega a autorizar porque considera que se encuentra excluido del POS.

3. De la pertenencia al Plan Obligatorio de Salud (POS) del procedimiento quirúrgico conocido como bypass gástrico. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación, en decisiones recientes¹, ha señalado que la cirugía bypass gástrico sí está incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

En este sentido, la Corte, en sentencia T-414 de 2008, recogió un importante concepto aportado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que la llevó a revisar su posición acerca de la inclusión del mentado tipo de cirugía en el Plan Obligatorio de Salud.

Dicho concepto señalaba:

“La Resolución 5261 de 1994, que establece las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no expresa taxativamente el procedimiento utilizando la expresión inglesa de By-pass gástrico pero sí estableció en su ARTICULO 62 las intervenciones quirúrgicas abdominales que como técnicas quirúrgicas se utilizan para realizar la derivación de estómago, como son:

“Anastomosis del estómago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630

Anastomosis del estómago en Y de Roux Código 07631.

Procedimiento que, como ya se mencionó anteriormente, SON LOS QUE SE UTILIZAN EN EL BY PASS GÁSTRICO.”

Esta consideración llevó a. la Corte a discurrir:

“ Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTÓMAGO” bajo el Código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el Código 07631 Anastomosis de estómago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariática.”
(negrilla fuera de texto original)

Por consiguiente -como se dijo al inicio de estas consideraciones- el procedimiento consistente en la realización del bypass gástrico para la reducción de peso y masa corporal, ocasionado por la enfermedad de obesidad mórbida, está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación distinta. Como consecuencia de ello, las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, siempre que el médico tratante y un grupo interdisciplinario de médicos así lo dictaminen y el paciente dé su consentimiento informado.

Así pues, si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía bypass gástrico por la negativa de las Entidades Promotoras de Salud de realizarlo, el juez de tutela debe ordenar

su práctica con cargo total a la Entidad Promotora de Salud accionada, sin la posibilidad de repetir al fondo Nacional de Solidaridad - FOSYGA- , por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, el médico tratante y la comisión interdisciplinaria de médicos son quienes determinarán el tratamiento, los medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad y no le es permitido a la Entidad Promotora de Salud ni al juez de tutela cuestionar sus decisiones.

4. El derecho al diagnóstico médico como parte esencial de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal. Reiteración de Jurisprudencia

4.1 La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a un diagnóstico médico oportuno, constituye una parte esencial de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal².

Al respecto, esta Corte ha establecido que cuando las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud niegan a sus afiliados la posibilidad de ser diagnosticados por un médico adscrito a la entidad, se pone en grave peligro los derechos fundamentales anotados, pues se dilata injustificadamente la determinación de la enfermedad, y por tanto, la iniciación del tratamiento médico necesario para la recuperación o mejoramiento del estado de salud del afiliado.

4.2 La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho al diagnóstico médico se fundamenta en dos razones: (i) el deber que tienen las entidades responsables de prestar servicios de salud de determinar el estado de salud de sus usuarios, con base en el principio de calidad en la prestación del servicio de salud; y, (ii) garantizar el cumplimiento del requisito jurisprudencial relativo a que las órdenes dadas en sede de tutela tengan un respaldo médico.³

Así las cosas, respecto de los criterios indicados, en la sentencia T-1080 de 2008, la Corte señaló con relación a la primera razón:

“Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al

sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.” (Negrilla fuera del texto original).

4.3 Ahora bien, frente al requisito consistente en que el diagnóstico médico debe ser efectuado por el personal adscrito a la entidad accionada, esta Corporación ha dicho que el derecho al diagnóstico permite dar cumplimiento al verdadero alcance del requisito en comento. Sobre el particular, en la sentencia T-1080 de 2008, este Tribunal explicó:

“Dicha regla busca de un lado, satisfacer el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que el médico labore o no en una determinada empresa.

De otro lado, resulta lógico que las mencionadas empresas busquen reconocer aquellas prestaciones que sus médicos adscritos prescriben; pues las órdenes médicas, tal como se explicó, implican un procedimiento previo de seguimiento y análisis científico del estado de salud de las personas, lo que a su vez, se presume, es labor de estas empresas frente a sus afiliados. Aunque, ello no puede implicar que se anule la posibilidad de que el paciente, por ejemplo, acceda a “segundas” opiniones médicas de su condición de salud. Y, en dicho sentido, se puede afirmar que del procedimiento y seguimiento que precede la orden del médico tratante, forma parte también la controversia médica que se pueda suscitar en relación con la condición de salud del paciente y la manera de tratarla. Lo que, tendrá como conclusión, por supuesto, aquello que redunde en un mayor beneficio para el paciente.

En el mismo sentido, no se puede entonces afirmar, que lo anterior corresponda a una

vulneración de la exigencia general de que las prestaciones en salud, a las tiene derecho una persona, deben ser prescritas por el médico tratante. Por el contrario, se puede concluir que, aceptar que la valoración del médico tratante puede ser complementada o controvertida, realiza de mejor manera aquel principio que procura que los pacientes obtengan del servicio de salud aquello que más los beneficie.” (Negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, en la sentencia T-760 de 20084, sobre la relevancia del diagnóstico dado por un médico no adscrito a la empresa promotora de salud accionada, la Corte afirmó:

“El concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.⁵

(...)

La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,⁶ sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.⁷ También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,⁸ incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.⁹

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia

constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios.¹⁰ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo.¹¹ (...)

En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto al derecho a la salud.¹² (Negrilla fuera del texto original).

4.4 En conclusión, los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal comprenden el derecho de todo paciente a un diagnóstico médico oportuno. Por ello, las entidades prestadoras de los servicios de salud, no podrán omitir la realización de procedimientos y actividades de diagnóstico requeridos por el usuario para determinar su estado de salud y el tratamiento médico a seguir.

5. Estudio del Caso Concreto.

5.1 La menor de edad Nathalia Fernández Londoño padece obesidad mórbida tipo III. Señala que se ha sometido a diversos tratamientos para mejorar su condición médica y que, ante la ineficacia de éstos, acudió a un médico tratante que le prescribió la práctica de una cirugía bariátrica de bypass gástrico por laparoscopia. La práctica de ésta le fue negada por la entidad demandada en el entendido de que se encontraba excluida de los procedimientos autorizados por el POS y porque su formulación procedía de un médico no vinculado a la EPS.

5.2 La primera observación que debe hacer esta Sala es en el sentido de que, como quedó expuesto en las consideraciones generales de la presente sentencia, la cirugía de bypass gástrico -en contra de lo afirmado por Saludcoop EPS- sí es un procedimiento que

se encuentra incluido en el POS y, por ende, es obligación de las entidades prestadoras de salud practicarlo, sin que tengan por ello derecho a solicitar el recobro de su valor ante el fondo de solidaridad y garantía del sistema general de seguridad social en salud (FOSYGA).

Partiendo de tal supuesto -observa la Sala- es indiferente si la demandante o su familia, al tratarse de una menor de edad, tiene o no la capacidad económica para sufragar el costo de la operación porque, como ha dicho ya, la cirugía pertenece a aquellas prestaciones que deben brindar las EPS, forma parte del núcleo de prestaciones definidas y debe ser asumida enteramente por ésta.

Ahora bien, -como quedó dicho más arriba- la jurisprudencia de esta Corporación en la materia ha condicionado la autorización de este tratamiento a que exista un dictamen en tal sentido por parte del médico tratante y un grupo interdisciplinario de médicos así lo dictaminen. Adicionalmente también ha establecido una condición según la cual, por ser la cirugía altamente riesgosa, el paciente que se someta a ella debe dar su consentimiento informado.

Así las cosas, dado que en el presente caso no fue un médico tratante de la entidad demandada quien ordenó la práctica de la cirugía, en principio -y así lo consideró el juez único de instancia- la acción de tutela no estaría llamada a la prosperidad.

Sin embargo esta Sala observa que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la menor Nathalia Fernández Londoño viene siendo tratada por su problema de obesidad, por médicos tratantes de Saludcoop EPS, desde el 2003 (folio 14). También observa la Sala que ha sido tratada con sibutramina y que, pese a haberse sometido a varias dietas, ha tenido pérdidas máximas de veinte kilos de peso con recidiva; es decir, que los pierde y vuelve a recuperarlos (folio 16).

También llama la atención de la Sala, que con posterioridad a que el médico al que acudió de forma particular la demandante ordenara la cirugía bariátrica, ésta buscó el consejo profesional y privado de otros facultativos quienes estuvieron de acuerdo con el concepto rendido por el primer médico. Así pues, se observa que la primera orden de cirugía data del 8 de abril de 2008, pero que con posterioridad a ésta, un grupo interdisciplinario de galenos del Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín

examinó a la paciente el 22 de mayo de 2008, reiterando la conveniencia de la práctica de la cirugía de bypass (Folio 20). En el mismo sentido, el 13 de mayo de 2008 un psicólogo indica que la paciente Fernández Londoño es candidata para el bypass gástrico porque requiere, para su salud mental, bajar urgentemente de peso (Folio 21).

Así las cosas, cabe recordar lo dicho en un pasaje anterior de esta sentencia en el sentido de que una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en relación con la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso al servicio. En este sentido -se reitera también- la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del sistema, obligan a una entidad de salud cuando la EPS no lo desecha. Esto ocurre cuando la EPS tiene conocimiento del concepto de médico externo y no se opuso y guardó silencio, bien sea porque valoró inadecuadamente al usuario o porque no lo ha sometido a consideración del personal médico que sí está adscrito a la entidad.

Nota la Sala, pues, que pese a que la demandante sufre de la enfermedad de obesidad mórbida desde hace muchos años y que ha seguido varias dietas, así como un tratamiento con medicamentos, la EPS demandada no le ha ofrecido alternativas que, como el bypass gástrico, están dentro del POS y a las que, por ello, tiene derecho en caso de existir necesidad médica. Significa lo anterior, en el sentir de la Sala, que ante la pasividad de la EPS demandada, la actora, quien así lo expresa en su demanda, tuvo que asistir a médicos externos para obtener un diagnóstico acorde con sus necesidades de salud. Frente a dicha pasividad, entiende la Sala que en el caso de la niña Fernández Londoño no hay una valoración adecuada del usuario por parte de la EPS, por lo que la orden impartida por el médico particular -que está soportada en otros dictámenes profesionales posteriores- la obliga en este caso.

En refuerzo del anterior argumento debe considerarse que en caso que se estudia en la presente sentencia, la paciente es una menor de edad, quien de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política tiene el carácter de sujeto de especial protección constitucional; al tenor de la norma en comento, hay que tener en cuenta que las necesidades de salud de los niños y niñas son, en el estado Colombiano, de orden prioritario, debiendo el Estado y la sociedad propender por la protección incondicional de éstos, primando su

derecho sobre el de cualquier persona. Así las cosas, la EPS demandada, una vez detectada la enfermedad de la niña Fernández Londoño debió agotar todos los recursos para restablecerle a ésta el goce de su salud, y no llevar a la paciente a una situación tal de deterioro (como se vio, las dolencias que sufre son múltiples) que la obligó a referirse a médicos externos respecto de la entidad prestadora que debe cubrir sus necesidades en salud.

5.3 Ahora bien, resuelto lo anterior, la Sala observa que, dada la complejidad y peligrosidad del procedimiento denominado bypass gástrico, esta Corte -como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia- ha exigido que, para que éste se practique, debe existir consentimiento informado por parte del paciente que se va a someter él. En el presente caso, teniendo en cuenta que quien va a recibir la operación es una menor de edad, dicho requisito de consentimiento informado requiere la intervención de los padres de la menor en el proceso de toma de decisión¹³; consentimiento supletivo de los adultos que se encuentran a cargo de la paciente que es una niña. En este entendido, la orden que de la Sala en la presente sentencia, en la que se concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la niña Nathalia Fernández Londoño, deberá satisfacer tal requisito.

5.4 En conclusión, la pasividad de Saludcoop EPS en el diagnóstico de la demandante, sumada al hecho de que ésta es un menor de edad, hacen que la Corte -en aras del derecho superior de la paciente- de fuerza vinculante para la EPS al tratamiento prescrito por el médico consultado de forma particular por la niña Fernández Londoño. En consecuencia, la Sala Primera de Revisión de Tutelas ordenará a Saludcoop EPS que, previamente a la realización de la intervención quirúrgica de bypass gástrico por laparoscopia que le fue prescrita a la menor Nathalia Fernández Londoño, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, que le suministren a ella y a sus padres la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, para que la menor y sus padres manifiesten de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente y de sus padres, la EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica la cual deberá realizarse

dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo multidisciplinario de especialistas de la EPS.

IV. DECISIÓN

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en el nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el diecisiete (17) de junio de 2008 por el Juzgado 24 Penal Municipal de Medellín que resolvió negar el amparo en la acción de tutela iniciada por Nathalia Fernández Londoño contra Saludcoop EPS.

En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la demandante

Segundo.- ORDENAR a Saludcoop EPS que, previamente a la realización de la intervención quirúrgica de bypass gástrico por laparoscopia que le fue prescrita a la menor Nathalia Fernández Londoño, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, que le suministren a ella y a sus padres la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo y especialmente para una menor en pleno desarrollo la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, para que la menor y sus padres manifiesten de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente y de sus padres, la EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica, la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo multidisciplinario de especialistas de la EPS.

Tercero.- LIBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte

Constitucional.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias T-414 y T-586 de 2008.

2 Al respecto, se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias: T-1083 de 2006, T-887 de 2006, T-343 de 2004, T-364 de 2003, T-178 de 2003, T-775 de 2002, T-849 de 2001 y T-366 de 1992.

3 En igual sentido, se pueden consultar las sentencias T-398 y T-324 de 2008.

4 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 En la sentencia T-500 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes

diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

6 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

7 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1041 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

8 En la sentencia T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

9 En la sentencia T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

10 En las sentencias T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), por ejemplo, la Corte consideró que la órdenes impartidas por los médicos debían ser acatadas, así no estuvieran adscritos ‘formalmente’ a la entidad acusada, por cuanto ya habían sido tratados como médicos tratantes o hacían parte de su red de contratistas. Se tuvo en cuenta que se trataba de profesionales de la salud reconocidos, que hacían parte del Sistema y habían tratado al paciente al que le habían dado la orden, es decir, conocían su caso.

11 En la sentencia T-151 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), siguiendo lo dispuesto en sentencias tales como la T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), se consideró lo siguiente: “el examen diagnóstico prescrito por el especialista en nefrología pediátrica [al menor], es requerido para determinar el origen de su afección y proporcionar el tratamiento adecuado para ésta, pues los medicamentos y exámenes realizados hasta el momento se han mostrado ineficaces para revelar cuál es la situación específica de salud del niño. [...] Además, la intervención del médico externo al Instituto de Seguro Social fue posterior a que los médicos adscritos a la entidad hubieran atendido, sin resultados satisfactorios al menor. Igualmente, el padre del menor presentó ante el ISS el concepto del médico externo, con el fin de que un médico adscrito lo valorara, pero no recibió ninguna respuesta. [...] Por esta razón, la negativa de la EPS a ordenar la práctica del examen, fundada en que el médico que lo ordenó no se encuentra adscrito a dicha entidad, es violatoria de los derechos fundamentales del menor.” El juez de instancia había negado por que la orden médica la había impartido un médico que no estaba adscrito a la EPS acusada.

12 En muchos casos la jurisprudencia ha garantizado el acceso a un examen diagnóstico. Entre otras, ver las sentencias T-862 de 1999 (Carlos Gaviria Díaz), T-960 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-273 de 2002 (Rodrigo Escobar Gil), T-232 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-871 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-762 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-887 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería), T-940 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

13 Ver sentencia T-762 de 2006 MP: Jaime Araujo Rentería.